



Universidad
de Alcalá

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A NIVEL ESTATAL

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Presentado por:

D^a ALMUDENA GARCÍA MAZÓN

Dirigido por:

D. JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Alcalá de Henares, a 19 de enero de 2019

ÍNDICE

I. DERECHO DE FILIACIÓN	4
1. Concepto y clases de filiación	4
1.1 Filiación por naturaleza	4
1.2 Filiación por adopción	6
2. Evolución del derecho de filiación en nuestro ordenamiento jurídico.	6
 II. INTRODUCCIÓN A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	8
1. Concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida	8
2. Origen de las técnicas de reproducción humana asistida.....	8
3. Métodos de Reproducción Humana Asistida.....	11
3.1 Inseminación artificial.	11
3.2 Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica.	12
3.3 Transferencia intratubárica de gametos	12
 III. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN.....	13
1. Consideraciones previas, relevancia del consentimiento.....	13
2. Efectos derivados del consentimiento en materia de filiación (consentimiento de la receptora y consentimiento del marido).....	14
2.1 Matrimonial	14
2.1.1 Consentimiento en la fecundación homologa (inter vivos y post mortem)	14
2.1.2 Consentimiento en la fecundación heteróloga (heterosexual y homosexual)	17
2.1.2.1 Incompatibilidad de la determinación de la maternidad voluntarista con otras disposiciones legales.....	20
2.1.2.2. El caso ROPA: fecundación de la usuaria con gametos de su mujer.	22
2.1.2.3 Determinación de la filiación por posesión de Estado.	23

2.2 No matrimonial	33
2.2.1 Homóloga (inter vivos y post mortem)	33
2.2.1.1. Inter vivos	33
2.2.1.2. Post Mortem.....	34
2.2.2 Heterologa (consentimiento varón no casado y mujer en solitario).....	35
2.2.2.1. Consentimiento varón no casado	35
2.2.2.2. Mujer en solitario	36
3. Acciones de filiación en casos de fecundación homologa y heteróloga.	36
3.1 Fecundación homologa	37
3.2 Fecundación heteróloga.	39
4. Problemática de la inscripción en el registro civil español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.	42
IV. CONCLUSIONES	49
V. BIBLIOGRAFÍA	51

I. DERECHO DE FILIACIÓN

1. Concepto y clases de filiación

La filiación es el vínculo que se establece entre progenitores e hijos. Este vínculo que inicialmente es biológico, se configura a su vez como un vínculo jurídico.

La filiación no es un hecho biológico que se constate por sí mismo, por lo que es necesario que el derecho establezca los presupuestos de hecho a los cuales liga los efectos jurídicos de la filiación.

Desde el punto de vista jurídico, es el vínculo que une a los progenitores con sus hijos y que se reconoce jurídicamente. Este vínculo origina un estado jurídico del que derivan derechos y obligaciones.

La regulación española sobre filiación se contempla en el Código civil y en leyes civiles autonómicas, que por supuesto, deberán respetar los principios constitucionales.

Conforme al Art. 112 CC la determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que:

Art.112. La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada.

1.1 Filiación por naturaleza

El CC distingue entre filiación matrimonial y no matrimonial, no en orden a que ostenten distintos derechos, pues ello lo prohíben los Art. 14 y 34 CE, sino en cuanto a los mecanismos de determinación de la filiación.

Art.108. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

La filiación por naturaleza matrimonial se basa en el matrimonio de los esposos, la maternidad de la mujer y la paternidad del marido. La maternidad se demuestra probando que la interesada dio a luz y que el hijo que nació es aquél cuya filiación se trata. En cuanto a la paternidad, se aplica la presunción contenida en el artículo 116 CC según el cual dice que “se presumen hijos del marido los nacidos después del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”

La filiación no matrimonial es una afirmación pura y simple de la paternidad, se declara que ha existido el hecho biológico de la procreación, del que ha nacido el hijo.

Según lo establecido en el artículo 120 del CC, la determinación de la filiación no matrimonial quedará determinada;

“1º. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2º. Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

3º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

4º. Por sentencia firme.

5º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil. ”

1.2 Filiación por adopción

La filiación por adopción trata de establecer un vínculo de filiación entre quienes son los potencialmente adoptantes (ya sea una pareja o una persona sola) y otra persona, generalmente un menor. La filiación por adopción se constituye por resolución judicial.

2. Evolución del derecho de filiación en nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución de 1978 establece el principio de igualdad, al establecer en su artículo 14 que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento...”*. Y en su artículo 39.2 impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación.

La filiación viene regulada en los artículos 108 a 141 del código civil.¹

La Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1981 estableció su carácter retroactivo al determinar que *“La filiación de las personas, así como los efectos que hayan de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada”*.

El criterio biológico, es el criterio básico para la determinación de la filiación, aun que no es el único criterio considerable en el ámbito jurídico. Este criterio de verdad biológica ha sido reformulado en la legislación española desde el año 1988 en que se promulgó la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción asistida. En esta se regulan una serie de supuestos donde la filiación proviene de la fecundación

¹ Profundamente modificados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio que vino a adaptar los preceptos del Código Civil al actual Texto Constitucional.

artificial de la mujer utilizando técnicas para conseguir la procreación y nacer de un hijo.

La misma TRA demuestra que la filiación es, cada vez más, un concepto social y cultural, más que biológico.

Así mismo el Código civil en su artículo 113 hace mención concepto de la posesión de estado, “es el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo.” (STS 10 y 17 de marzo de 1988). Se trata de un reconocimiento presunto, que exige actos reiterados, ininterrumpidos, permanentes y públicos.

Siguiendo este concepto de posesión de estado la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo lo decisivo la voluntad de tener un hijo como tal.

Según lo expuesto, se podrían distinguir entre filiación como hecho natural, cuando se produce de manera biológica, o filiación como situación jurídica legalmente constatada, posición que ocupa una persona dentro de la familia en su calidad de hijo y de la que deriva un conjunto de derechos y obligaciones.²

Así pues, hoy en día la filiación no se determina únicamente por la procreación. Hay que considerarla como la relación jurídica establecida por la procreación y por la generada a través de las Técnicas de Reproducción Asistidas con intervención de terceros.

² PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”, Madrid, Colegio de Registradores, 2002.

II. INTRODUCCIÓN A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. Concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Podemos entender como técnicas de reproducción humana asistida el tratamiento tendente a tratar problemas como la infertilidad o esterilidad, consistente en una manipulación de gametos.

Su finalidad principal es ayudar o asistir a las parejas que tienen dificultad o imposibilidad de lograr embarazos de manera natural.

2. Origen de las técnicas de reproducción humana asistida

La primera asistencia médica en la procreación de la que se tiene conocimiento se realizó en el año 1776 en Londres, cuando el cirujano John Hunter llevó a cabo el primer embarazo asistido. En España hubo que esperar hasta el año 1984 para que naciera el primer bebé concebido mediante fecundación in vitro en Barcelona.

Esto produjo una apertura a nuevas posibilidades para el tratamiento de la esterilidad e infertilidad, lo que a su vez produjo la necesidad de regular estas prácticas.

Así se aprobó la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre TRHA³, una de las primeras en Europa. Fue una ley promovida sin la intención de abarcar todas las posibles implicaciones que podían surgir de la utilización de dichas técnicas de reproducción asistida, sino que optó por una orientación en líneas generales, para que fuese la propia práctica jurídica la que fuese desarrollando en profundidad la materia, y por ello fue objeto de muchas críticas por parte de la doctrina.⁴

³ Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dicha ley fue aprobada por el Gobierno de D. Felipe González Márquez.

⁴ FERNANDO PANTALEON PRIETO; "A su juicio, una de las mayores desgracias legislativas de los últimos tiempos", «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», Jueces para la Democracia, 4 (1988), pág. 19 y siguientes., y en el Homenaje al profesor Juan Roca Juan, Murcia, 1989, pág. 641 y siguientes.

Era una ley moderadamente avanzada a la demanda social existente. La citada ley, tenía como objetivo, admitir el uso de las técnicas de reproducción asistida ante problemas de esterilidad o en el tratamiento o prevención de enfermedades genéticas o hereditarias.⁵ Sin embargo, estas no eran las únicas finalidades, ya que en su artículo 6.1 la propia LTRA permitía que las mujeres en solitario acudieran al uso de estas técnicas al expresar que “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley”. De lo que se puede entender que incluso podrían hacer uso de estas técnicas para satisfacer su deseo de ser madres sin tener problemas de esterilidad o con fines médicos. A su vez, la citada LTRA en su artículo 5, amparaba el anonimato del donante de gametos a la mujer usuaria de las técnicas, permitía experimentar e investigar con gametos y preembriones, regulando la filiación de los nacidos por estos medios en sus artículos 7 al 10.

La LTRA fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad. La STC 116/1999, de 17 de junio, que se demoró trece años, rechazó los argumentos del recurso y confirmó la adecuación de todos sus preceptos a la CE, con excepción de algunos aspectos claramente secundarios. El Tribunal se resistió a la pretensión de los recurrentes de invalidar el conjunto de la norma por no haber respetado la reserva de ley orgánica, pretensión apoyada por el único voto particular emitido, por entender que las técnicas de reproducción asistida no afectan de forma directa al núcleo de ningún derecho fundamental⁶. Esta STC sigue siendo importante tras la derogación de la LTRA porque la ley que actualmente regula la materia recoge en su texto, en ocasiones sin modificación, buena parte de los preceptos que el TC consideró constitucionales en dicha sentencia.⁷

Con el acelerado avance científico de la técnica y de la práctica médica, se puso de manifiesto las limitaciones que tenía esta ley, que con el paso de los años iba quedando desfasada, apareciendo situaciones que quedaban fuera de su alcance. Ello dio lugar a que se aprobara la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, con el fin de resolver los problemas planteados con el avance de la ciencia en este campo.

⁵ Artículo 1 LTRA.

⁶ ALCORTA IDIAQUEZ, I. Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida. *Derecho y Salud*. Publicación oficial de la Asociación Juristas de la Salud. Vol 11, Número 2, Julio-Diciembre 2003, pág. 173.

⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. DE PABLO CONTRERAS, P. PEREZ ALVAREZ, M.A. Curso de Derecho Civil IV, Pág. 333

Con la aplicación de la nueva Ley 45/2003 se reforman los artículos 4 y 11 de la anterior ley 35/1988.

Se reforman algunos aspectos con esta nueva ley, entre ellos, el establecimiento de un límite de tres preembriones que podrían ser transferidos a la mujer en cada ciclo, con el objetivo de reducir la posibilidad de partos múltiples y así evitar cualquier tipo de riesgo posible por esta situación tanto para la madre como para los hijos.⁸

Finalmente, ambas leyes fueron derogadas por la LTRHA que en derecho comparado en Europa es una de las más permisivas. En su exposición de motivos detalla las novedades que introduce, como la definición de concepto de preembrión con efectos circunscritos a su ámbito propio de aplicación; prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos; enumera en un anexo aquellas técnicas de reproducción asistida antes no incluidas y que según la evolución de la ciencia y de las prácticas clínicas pueden ser realizadas a día de hoy; Se extiende el ámbito de actuación al diagnóstico genético preimplantacional que abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas; se refuerzan los riesgos y se aplican otros mecanismos de mayor información a los usuarios que se sometan a estas técnicas; se eliminan las diferencias en lo que respecta al destino de los preembriones que se encontrasen criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, al igual que se eliminan los límites para la generación de ovocitos que se habían establecido en la anterior ley.

Los artículos 7 a 10 de la LTRHA regula la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, se realiza una nueva redacción por la ley 3/2007 de 15 de marzo.⁹ Se añade un apartado tercero al citado artículo que posibilitaba a la cónyuge de la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida la determinación a su favor de la filiación respecto del nacido si manifestaba el consentimiento antes del nacimiento. Así mismo, este apartado sufrió una nueva modificación por la ley 19/2015,

⁸ El objetivo de esta ley 45/2003, según su exposición de motivos, era resolver el problema de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, para lo que se modificaron los art. 4 y 11 LTRA en aras de "evitar la generación y acumulación de preembriones supernumerarios, a la vez que se intenta reducir la tasa de embarazos múltiples".

⁹ Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

suprimiendo la necesidad del consentimiento previa al nacimiento para la determinación de la filiación. Por último, con motivo de la regulación de la Ley del Registro civil, se modificaron los artículos 8.2 y 9.3 de la LTRHA.

Tanto LTRHA como la LTRA modificaron el régimen de filiación contenido en el Código civil, no se añadió ninguna mención en relación a la filiación mediante técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, el artículo 7 de la LTRHA dispone que “la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regularán por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”. En definitiva, el establecimiento de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida seguirán rigiéndose por lo contenido en el Código civil, como por las leyes autonómicas que tienen su propia regulación pero se tiene que tener en cuenta las reglas contenidas en los artículos 8,9 y 10 LTRHA.

3. Métodos de Reproducción Humana Asistida

La ley de 2006, en su artículo 2.1 a través de de una remisión a su anexo, reconoce como técnicas de reproducción asistida admisibles, la inseminación artificial; Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y transferencia intratubárica de gametos.

3.1 Inseminación artificial.

La inseminación artificial, es la introducción de espermatozoides en el tracto reproductor femenino, de manera artificial, para la consecución de una gestación. Según la procedencia de los espermatozoides, podemos clasificarla en dos grupos:

- Inseminación artificial conyugal (IAC) cuando el semen procede de la pareja.

- Inseminación artificial de donante (IAD) cuando el semen no procede de la pareja.¹⁰

Aunque la organización mundial de la salud defina la Inseminación artificial como un tratamiento de infertilidad acreditado, en nuestra legislación española se incluye dentro de las técnicas de reproducción asistida.

3.2 Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica.

Modalidad de reproducción asistida mediante la fecundación de un ovocito de manera extracorpórea, y posteriormente transferir el preembrión al útero materno.

Para que se pueda realizar la Fecundación in vitro y así obtener un preembrión, es necesario disponer de gametos tanto femeninos como masculinos. Se dan casos donde no es posible la obtención de los mismos, por lo que existen cuatro posibilidades de fecundación in vitro: Fecundación con óvulos propios y semen de la pareja, fecundación con óvulos propios y semen de donante, fecundación con óvulos de donante y semen de la pareja y fecundación con óvulos de donante y semen de donante.

3.3 Transferencia intratubárica de gametos

Técnica por la sé que depositan los gametos femeninos (óvulos) y los gametos masculinos (espermatozoides) en las trompas de Falopio.

Es una técnica de utilización poco habitual en las clínicas de reproducción asistida por las complicaciones que presenta. Se cree que los legisladores han mantenido la técnica de transferencia intratubárica de gametos como Técnica de Reproducción Asistida en esta ley de 2006 para el caso de pacientes que no aceptan la fecundación in vitro, por motivos éticos o religiosos.¹¹

¹⁰ LLEDO YAGÜE, FRANCISCO, comentario científico-jurídico ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida, Pág41.

III. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN

1. Consideraciones previas, relevancia del consentimiento

Uno de los mayores problemas que se plantea en cuanto a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida es la determinación de la filiación. La relación entre los padres y los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida no tendrá eficacia jurídica hasta que esta no esté determinada.

El sistema de determinación de la paternidad se funda en la verdad genética, es decir, en la portación del gameto, mientras que la maternidad se basa en la verdad biológica, en la gestación y no la aportación del gameto.¹²

Como se ha hecho mención anteriormente, habrá que acudir al artículo 7.1LTRHA (remisión al código civil y a las leyes autonómicas). Pero existen controversias a la hora de regular la determinación, ya que el código civil tiende a relacionar el padre biológico con el jurídico, la LTRHA se basa en el consentimiento prestado para la aplicación de estas técnicas. Sin embargo, no es suficiente con el mero consentimiento, sino que deberá atenderse a los diferentes títulos de determinación que recoge el código civil, ya sea filiación matrimonial o no matrimonial. Salvo la excepción recogida en el artículo 7.3LTRHA¹³.

Para poder determinar la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, habrá que tener en cuenta si existe o no matrimonio distinguir entre la fecundación homóloga y la heteróloga.

¹¹ LLEDO YAGÜE, FRANCISCO, comentario científico-jurídico ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida, pág. 46.

¹² PÉREZ MONGE, MARINA: « *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*». (Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, pag. 76)

¹³ Definida por BERBER CÁRCAMO, '*la manifestación de la mujer casada con otra ante el Encargado del Registro Civil, y previa al nacimiento del hijo de su cónyuge, incorporada en el art. 7.3 LTRHA. Esta previsión legal no puede entenderse sino como un nuevo título de determinación de la filiación, ligado a la voluntad pero esencialmente distinto al reconocimiento*», (Reproducción asistida y determinación de la filiación», REDUR 8, diciembre 2010.)

A continuación se analizarán los supuestos concretos de determinación de la filiación derivados de las técnicas de reproducción asistida.

2. Efectos derivados del consentimiento en materia de filiación (consentimiento de la receptora y consentimiento del marido)

2.1 Matrimonial

2.1.1 Consentimiento en la fecundación homologa (inter vivos y post mortem)

Se habla de fecundación homologa cuando se emplean gametos masculinos procedentes del marido previo consentimiento de este.¹⁴ Es el supuesto menos conflictivo, al coincidir aspectos biológicos como jurídicos. Al igual que en la fecundación natural, se produce una coincidencia entre los padres biológicos y los padres jurídicos que constan formalmente como padres.

Para los supuestos "inter vivos", la LTRHA no establece ninguna particularidad en cuanto a la determinación de la filiación. Establece en su artículo 7.1 la aplicación de las normas contenidas en código civil, estas son las contenidas en los artículos 115 a 119 del Código Civil. Es decir, la maternidad se determinará por la gestación y el parto, y respecto a la paternidad, el artículo 116 del Código Civil establece que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges.

El consentimiento deberá prestarse cumpliendo unos determinados requisitos determinados en su artículo 6. El artículo 6.1 dispone que la mujer que se someta a las técnicas de reproducción asistida deberá prestar su consentimiento escrito de manera expresa, libre y consciente. Así mismo, en el artículo 6.3 hace referencia al

¹⁴ Artículo. 6.3. "«Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal ».

consentimiento previo, libre, consciente y formal del cónyuge a la utilización de técnicas.

La doctrina se plantea si este consentimiento se puede considerar como una licencia marital para que la mujer se pueda someter a las técnicas de reproducción asistida, o como un título de aceptación de la paternidad. Este consentimiento consistiría en la aceptación de una serie de derechos y deberes inherentes a la paternidad, imposibilitando su impugnación.. Por lo que este consentimiento, únicamente produciría efectos en la prohibición de impugnación de la filiación.¹⁵

En el supuesto que el marido no haya dado su consentimiento al uso de técnicas de reproducción asistida, podría impugnar la paternidad al demostrar que la fecundación se produjo mediante estas técnicas, sin dar su consentimiento. Así mismo, tal como recoge el artículo 136 del Código civil, *“El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contando desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.”*

Sería de igual aplicación en los supuestos en los que el nacimiento se produzca después de la disolución del matrimonio pero estando vigente la presunción de paternidad. Si esto no fuera así, se trataría de un hijo extramatrimonial y la filiación se determinaría respecto de la madre¹⁶.

Con todo, con la legislación en la mano, la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio.¹⁷

¹⁵ « El ex esposo no sólo conoció las técnicas de reproducción a que se sometía su esposa sino que expresamente las consintió, Partiendo de la base del consentimiento del actor en la reproducción asistida, la desestimación íntegra de la demanda deviene obligatoria, por aplicación del art. 8 de la Ley 35/88, que prohíbe el ejercicio de la acción de impugnación de filiación matrimonial, cuando se haya prestado el consentimiento previo y expreso...» (SAP Segovia, 175/2009, de 30 septiembre).

¹⁶ PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. Pág. 160.

¹⁷ Artículo 115.1 Código civil.

Existe la posibilidad de que el marido habiendo consentido en el uso de las técnicas de reproducción asistida de su mujer, no haya prestado su consentimiento para la inscripción del nacimiento como matrimonial, ya que el consentimiento precisado por el artículo 6.3 de la LTRHA no es equivalente con el de la inscripción en el registro.

Otro supuesto más problemático dentro de esta fecundación homóloga en parejas con vínculo matrimonial, es la fecundación “post mortem”. Regulada por el artículo 9 de la LTRHA, se establece que según la regla general, « *No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón* ». Sin embargo, en el segundo apartado establece una excepción, matiza que el marido puede dar su consentimiento bien en el documento mencionado en el artículo 6.3 de la LTRHA, en escritura pública, testamento o documento de voluntades anticipadas para que su material reproductor sea utilizado para fecundar a su mujer, en los 12 meses siguientes a su fallecimiento. El párrafo segundo del artículo 9.2 contiene una presunción, ya que se entiende prestado el mismo cuando la cónyuge superviviente ha estado sometida a un proceso de reproducción asistida, ya iniciado, para la transferencia de preembriones constituidos antes de la muerte del marido.¹⁸

En lo referente al consentimiento del marido, este debe ser personalísimo, no puede prestarse por un pariente próximo, o una autorización judicial, debe identificar a la mujer objeto de fecundación, y enfatiza en la necesidad de un consentimiento expreso, entendiendo que no podrá desprenderse el consentimiento del marido, como el consentimiento que dio en vida a que su mujer sea sometida a las técnicas de reproducción asistida. Ya que este consentimiento debe ser concreto.

Así mismo, el artículo 9.2 establece la revocabilidad del consentimiento, cuando dispone que «el consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas». Este artículo no hace mención a la obligatoriedad formal a la hora de hacer constar la revocación, no obstante, parte de la doctrina entiende que debe reunir los

¹⁸ ESCRIBANO TORTAJADA, PATRICIA, “ Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad ”, 2016.

requisitos exigidos para el consentimiento, pero no es necesario utilizar el mismo instrumento por el que se consintió.¹⁹

Una vez cumplidos los requisitos expuestos y establecidos en la legislación, se podrá realizar la mencionada reproducción asistida post mortem.

2.1.2 Consentimiento en la fecundación heteróloga (heterosexual y homosexual)

Se habla de fecundación heteróloga cuando la mujer es inseminada con gametos masculinos procedentes de un donante. Este tipo de técnicas pueden llevarse a cabo tanto por parejas heterosexuales como homosexuales, las cuales pueden hacer uso de las técnicas de reproducción asistida desde el año 2007. En este apartado nos centraremos en la fecundación heteróloga dentro del seno del matrimonio, pero se puede llevar a cabo por parejas no casadas.

En el supuesto de pareja heterosexual, en la LTRHA no habla de la determinación de la filiación en esta materia, sino que dispone que el consentimiento del marido para la fecundación con el material reproductivo de un donante, conlleva que ninguno de los cónyuges pueda ejercitar la acción de impugnación de la filiación matrimonial. Es decir, en la LTRHA no se pronuncia sobre esta determinación de la paternidad, se llega esa conclusión al no posibilitar la impugnación una vez prestado consentimiento.²⁰

Según esto y basándonos en el artículo 8.3 de la LTRHA, la revelación de la identidad del donante no implica la determinación legal de la filiación. Sin ser el marido el padre biológico, la filiación se determinará en su favor. Por lo expuesto, para determinar la filiación del hijo nacido mediante estas técnicas heterólogas de reproducción asistida a favor del cónyuge que muestra su consentimiento, sería necesario volver a acudir a las reglas contenidas en el código civil para la determinación

¹⁹ GONZALES PÉREZ DE CASTRO, MARICELA, « La verdad biológica en la determinación de la filiación, pág. 273, 2013.

²⁰ Artículo 8.1 LTRHA, « Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación».

de la filiación.²¹ Ahora bien, como se ha visto en las técnicas homologas, la falta de consentimiento por parte del marido posibilita la acción de impugnación de la filiación.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, fue modificada por la Ley 3/2007 reguladora de la rectificación registral de la mención al sexo de las personas. Añadiendo al artículo 7 de esta un párrafo tercero, introduciendo el concepto de doble "maternidad por naturaleza".²²

Esto posibilitó la filiación adoptiva de los matrimonios homosexuales, modificando para ello las normas de la adopción que exigían oposición sexual entre los adoptantes. El art. 7.3 contempla un título de determinación de la maternidad a partir de una manifestación realizada por una mujer bajo los siguientes requisitos legales.

A) *Nacimiento del hijo mediante técnicas de reproducción asistida*: Al encargado del registro deberá de constarle la realización de dichas técnicas para la fecundación del hijo concebido. Al tratarse de supuestos en los que los cónyuges son del mismo sexo, la concepción se realizará lógicamente a través de gametos masculinos de donantes anónimos. De este modo, como bien cita el profesor *Roncesvalles* «la imposibilidad de determinar la paternidad en su favor (art. 8.3 LTRHA) resulta compensada por la doble maternidad de la cónyuge. De otro modo no cabe la aplicación del art. 7.3, bajo sanción de nulidad del título». Si por el contrario la gestación se produce por un donante conocido o de forma natural, «la Ley sólo admite el nacimiento de hijos sin padre procedentes de donante anónimo. Quien se identifica ante una clínica de reproducción asistida y consiente en la fecundación de una mujer determinada con su semen no es un donante anónimo, sino un progenitor: alguien a quien podrá imputarse, y quien tendrá derecho a asumir, la paternidad con todos los efectos legales».²³

²¹ Artículo 116 Código Civil.

²² Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

²³ «Reproducción asistida y determinación de la filiación», Revista *Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 8, diciembre 2010, pág. 33.
«Reproducción asistida y determinación de la filiación», Revista *Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 6 de noviembre 2014, pág. 104.

B) *Existencia de un vínculo matrimonial entre ambas progenitoras*: Esta necesidad matrimonial ha provocado la alegación de discriminación por una parte de la doctrina frente a las parejas de mujeres no casadas, las cuales no pueden acceder a la filiación conjunta. Utilizan como término de comparación el tratamiento que la LTRHA dispensa al varón no casado que consiente la reproducción asistida de su pareja (art. 8.2 TRHA)²⁴ y consideran incoherente la diferencia de trato entre el matrimonio y la pareja de hecho, dada la sustancial falta de veracidad subyacente a ambos supuestos.²⁵

C) *Declaración registral después de haberse celebrado el matrimonio y previa al nacimiento*: La redacción apartado tercero del artículo 7 de la LTRHA exigía que se situara un orden cronológico, en un primer lugar se encontraría el matrimonio, a continuación la declaración de maternidad y por último el nacimiento. Siguiendo estas normas, se derivaba la comaternidad, incluso si el nacimiento se produce tras la separación o divorcio de las dos mujeres, y siempre que previamente conste la manifestación registral de maternidad. Sin embargo, con la modificación de este artículo 7.3 LTRHA realizado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, sobre medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y de Registro Civil, se ha suprimido el requisito de prestar consentimiento previo al nacimiento del hijo. Ya no sería un requisito indispensable y podría realizarse con posterioridad al nacimiento del hijo.

D) *Forma de la declaración*: En el artículo 7.3 LTRHA establece una declaración de voluntad formal, al exigir que la manifestación de comaternidad con requisitos anteriormente expuestos.

Esta exigencia formal se justifica por la voluntariedad, por su naturaleza de de título de determinación de filiación, por su excepcionalidad y por estar sometido a requisitos temporales. Este sometimiento a una formalidad no ha encontrado oposición entre la doctrina, al exigir constatación con garantías de autenticidad y legalidad.

²⁴ DIEZ MARTINEZ, ANA, «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, Nº 21, pág. 107.

²⁵ BENAVENTE MOREDA, PILAR. «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», pág. 115. 2011.

E) *La manifestación de maternidad ha de referirse a un nasciturus concreto y determinado.* Esto se extrae de la falta de exigencia legal de consentimiento previo de la cónyuge para su práctica, vinculación necesaria del supuesto a la fecundación asistida de la gestante y el carácter excepcional del artículo 7.3 de la LTRHA.

2.1.2.1 Incompatibilidad de la determinación de la maternidad voluntarista con otras disposiciones legales.

Surgen bastantes dificultades a la hora de pretender hacer compatible la determinación de la maternidad regulara en el apartado tercero del artículo 7 LTRHA con las disposiciones reguladas en la ley y en el Código Civil.

El segundo supuesto de maternidad atribuido en el artículo 7.3 LTRHA no se ajusta con las normas tradicionales de la filiación, por lo tanto , aunque en el artículo 7.1 se remite a las leyes civiles, esto sería imposible. De igual manera que parecen inviables la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 8, únicamente aplicables para matrimonios heterosexuales.

Por otro lado, también resulta incompatible con los artículos 11.5 y 11.62 LTRHA. El primer artículo se basa en el consentimiento dado para que a los embriones sobrantes se les pueda dar una utilización alternativa permitida por la norma. Y el segundo se refiere a la renovación bianual de dicho consentimiento. En ambas normas es obvio clarificar que están pensadas para matrimonios heterosexuales, donde se exige el consentimiento del marido junto con la mujer.

Se puede apreciar otra deficiencia jurídica del artículo 7.3 LTRHA en lo referente con el orden de los apellidos en los casos de doble maternidad legal. El artículo 109 del Código civil establece « *Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.*» Según lo dispuesto en la ley, inscribirán los apellidos del hijo de forma tradicional, es decir, primer apellido paterno y primer apellido materno. Según lo dispuesto en esta regulación, no acaecería ningún problema

en el caso que las cónyuges estuvieran de acuerdo en el orden de los apellidos. Sin embargo, en el caso en el que no existiera acuerdo, se presentarían una serie de dificultades a la hora de calificar a cada una de las consortes como padre o como madre. Ante esta duda, Gonzalez Perez de Castro considera que será el encargado del Registro Civil quien deberá decidir de oficio y de manera discrecional esta cuestión, poniendo de manifiesto la solución otorgada por el centro Directivo *« Lo que la reforma legal no ha resuelto es la cuestión registral relativa al orden de los apellidos en que se ha de practicar la inscripción. La laguna legal existente en la materia ha de ser colmada mediante la determinación de los principios generales que rigen en la materia y la analogía respecto de las soluciones legales ofrecidas en ternas próximas o conexas. Así desde este último punto de vista, ha de recordarse cómo, tras la reforma introducida en su redacción por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, el artículo 109 del Código civil permite que, si la filiación está determinada por ambas líneas, «el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley», si bien tal libertad de elección sólo se dará respecto del mayor de los hijos comunes, ya que el orden de apellidos inscrito respecto de éste «regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo». Esta prevalencia del mutuo acuerdo de los progenitores en la determinación del orden de los apellidos, en defecto de norma legal imperativa, e incluso dispositiva, o de criterio objetivo alguno supletorio, debe ser igualmente el que marque la pauta para dirimir esta cuestión. El único problema que deja sin resolver este criterio es el que se plantea en los supuestos, no precisamente especulativos o académicos sino reales y vividos en la práctica registral, en que falta el mutuo acuerdo. En estos casos se impone una actuación de oficio del Encargado, a semejanza de lo que prescribe nuestro Ordenamiento registral para los casos de nombres o apellidos impuestos con infracción de norma, en defecto de elección del peticionario o de su representante legal (cfr. art. 212 RRC), decisión de oficio en la que habrá de reconocerse amplia discrecionalidad a favor del Encargado, y ello sin perjuicio de los recursos que los interesados puedan interponer contra su decisión (cfr. art. 29 LRC)». En idénticos términos se manifiestan las Resoluciones de 17 y 22 de mayo de 2008.»*²⁶

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha señalado la falta de adaptación del ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la ley 13/2005. Señalando que “*la citada reforma del Código civil dejó incólume toda la regulación del régimen legal de la filiación*”, y como muestra y consecuencia de ellos se aprecia un desacuerdo a la hora de determinar el orden de los apellidos en la inscripción registral.

2.1.2.2. El caso ROPA: fecundación de la usuaria con gametos de su mujer.

Un caso llamativo es el referente a la posibilidad de fecundación asistida en que a través de la fecundación in vitro, participarían ambas cónyuges. Este supuesto consiste en la donación de óvulos por parte de una consorte a otra, la cual se encargaría de la gestación. De esta forma una sería la madre gestante y otra madre genética. Este método no está previsto por la ley. La donación de tanto de óvulos como de semen ha de ser anónima y no genera ningún tipo de filiación.²⁷ El único caso en el que aportando material genético se puede determinar la filiación a su favor es la del hombre conviviente de la mujer usuaria, casos de matrimonio o pareja heterosexual.

Se plantea la cuestión de la determinación de la maternidad mediante la técnica ROPA. Bajo el fundamento del principio de *mater semper certa est*, no supondría un impedimento en la determinación de la maternidad de la madre gestante. En cuanto a la madre donante, aún siendo madre genética, no se permite la determinación de su maternidad de manera automática. Por lo tanto, la solución se extrae del artículo 7.3 LTRHA. La maternidad de la usuaria donante del óvulo fecundado, cónyuge de la usuaria gestante, se determinará por el consentimiento prestado ante el encargado del Registro Civil, pero no por la donación de óvulos para la fecundación.²⁸

²⁶ GONZÁÑEZ PÉREZ DE CASTRO, MARICELA. « La verdad biológica en la determinación de la filiación», 2013.

²⁷ Artículo 5 LTRHA.

²⁸ PEREZ DE CASTRO GONZALEZ, MARCELIA, “La verdad biológica en la determinación de la filiación”. pag. 309. 2013.

2.1.2.3 Determinación de la filiación por posesión de Estado.

Según QUESADA GONZALES la posesión de estado se concibe como un medio de acreditación de la filiación y no como un medio de determinación de la filiación.²⁹

En el artículo 767.3 se concibe como un hecho que permite a los jueces declarar la filiación por falta de prueba directa.³⁰

Pese a su aceptación por parte de los textos legales, como las sentencias del tribunal supremo pronunciándose sobre la posesión de estado STS de 5 de Noviembre de 1987, STS de 28 de Mayo de 1997, STS de 13 de Marzo de 1999, STS de 16 de Marzo de 2005 y STS de 3 de Febrero de 2006. La jurisprudencia ha sido la encargada de su definición y de la determinación de los requisitos necesarios que deben concurrir para conformar una correcta posesión de estado. Según esto, la posesión de estado se entiende como “una cuestión de hecho, de libre apreciación por el Tribunal de Instancia y que se basa, cuando una situación registral lo contradice, en el tratamiento entre hijos y padres, manutención y notoriedad”. La posesión de estado del hijo se establece por la existencia de hechos suficientes, que indiquen una relación de filiación y parentesco normal de un hijo con sus progenitores y con la familia a la que dice pertenecer. Los principales hechos o elementos que lo conforman son:

- “Nombre” o “Nomen”: Hace referencia al apellido que el hijo usa de forma habitual proveniente de quien pretende tener como progenitor.

- “El trato” o “Tractatus”: Comprende una proyección consiste en el comportamiento material y afectivo propio de la relación. Que los progenitores le hayan tratado de hijo, y este a su vez los haya dado un trato de padre o madre.

²⁹ QUESADA GONZALEZ, M^a CORONA, “La Determinación Judicial de la Filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación”, Barcelona 2012, pág., 137.

³⁰ Artículo 767.3 LEC. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

- “La Fama” o “reputatio”: La proyección consistente en el trato exteriorizado realizado por los progenitores a fin de que terceros crean que realmente hay un vínculo filial.

A continuación, hare un breve resumen de las sentencia del Tribunal Supremo 740/2013 de 5 de diciembre de 2013 y la STS 836/2013, de 15 de enero de 2014 donde se aprecian varios pronunciamientos respecto a la determinación de la filiación en un caso de doble maternidad, habiendo mediado posesión de estado.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 740/2013, DE 5 DE DICIEMBRE.

En esta sentencia se declara la admisible la opción de ejercitar acciones de filiación en supuestos de parejas homosexuales, y destaca el consentimiento voluntario para las técnicas de reproducción asistida y la voluntad de las partes de concebir un hijo como un elemento de atribución de esta filiación, bastando con que ese consentimiento conste como consentimiento informado para la aplicación de las técnicas.

En el presente caso enjuiciado, una pareja de lesbianas tienen tres hijas en común, nacidas por aplicación de inseminación artificial. De este tratamiento nace en el año 2005 una menor que será inscrita en el Registro Civil como hija biológica de la demandada y adoptada tres años más tarde por la demandante. En 2007 se unieron en matrimonio, y con anterioridad a esta unión, habían vuelto a someterse a una técnica de reproducción asistida, de esta nacerán dos menores que serán inscritas con los apellidos de la madre biológica, del mismo modo que la hermana anterior.

Ésta inició expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales, a efectos de que se rectifique el estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores, expediente que acabó por auto que acordaba que debe rectificarse el estado civil de la madre y no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. La progenitora interpuso contra dicho auto recurso que resultó resuelto por la DGRN en fecha 26 de noviembre de 2008 desestimándolo íntegramente. En junio de 2009 ambas rompieron su relación, yéndose la madre biológica de la vivienda que compartían y formulando demanda de divorcio. La demandante ante el Juzgado de Primera Instancia núm.7 de Santa Cruz de Tenerife se ampara en el art. 131

CC reclamando la filiación de las dos menores por posesión de estado. Siendo estimadas sus pretensiones, la progenitora interpone un primer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que le fue denegado, y un segundo recurso, esta vez de casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo entendió que la posesión de estado reclamada por la que fue esposa de la madre estaba probada “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente” argumentando que la voluntad de someterse a un tratamiento reproducción asistida, previa a la celebración del matrimonio, en 2007 fue conjunta, mediando consentimiento expreso por las mismas respecto de dicha práctica, de igual forma considera que el recurso interpuesto va contra sus propios actos, ya que la progenitora instó por voluntad propia ante el Registro Civil un expediente de rectificación de error a fin de que se reconociese a la demandante como su cónyuge y progenitora de sus hijas. Y que se puede desprender de la intención de mantener el contacto con las menores, habiendo solicitado ante el Juzgado de Primera Instancia la medida provisional correspondiente al régimen de visitas, la existencia de una posesión de estado.

Así mismo, aporta argumentos fundamentados en la existencia de una posesión de estado, comprendida como un refuerzo del consentimiento prestado anteriormente a las TRHA. El artículo 44 CC, en su redacción en la ley 13/2005, parte del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en supuestos de maternidad, asunción de obligaciones familiares y el estado civil. *« El artículo 44 CC, en su redacción dada por Ley 13/2005, sobre el derecho a contraer matrimonio, dispone en su párrafo primero que "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código", estableciendo el párrafo segundo que "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Resulta indiscutible, pues, que la nueva regulación legal del matrimonio no sólo ha abierto las puertas de esta institución a las parejas del mismo sexo, sino que, al optar por esta solución normativa de entre las diversas que estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales, sin que la reforma resulte contraria a la Constitución (STC 6 de noviembre 2012).»*

Que los actos llevados a cabo por la recurrida son evidentes y reiterados, comenzando con la adopción en un primer momento de la hija nacida con carácter previo al matrimonio y con el posterior nacimiento de las dos menores en el periodo en que las litigantes estaban unidas en matrimonio. Y así mismo, carecen de sentido los esfuerzos de la madre biológica en impedir una unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas ya que tal interés es el que debe prevalecer. « Los actos son claros, evidentes y reiterados, incluso los que pretenden elevarse a la categoría de "propios", pues una cosa es que se deban atender con cautela en acciones legalmente previstas para la protección de un interés público, como es la filiación, y otra distinta que no puedan servir como una manifestación complementaria de esta posesión de estado a partir de una acreditada una relación de hecho y de derecho entre las partes que se inició con la adopción de una hija nacida con carácter previo al matrimonio, que siguió con el matrimonio, en el seno del cual nacieron las dos hijas, y que concluyó, por ahora, con el posterior divorcio, y lo que carece de sentido y fundamento, cuando no está en juego el interés siempre preferente de las menores, es el empeinado esfuerzo de la madre biológica en impedir que progrese, se consolide y tenga efectos una situación como la enjuiciada en la que se está avanzando legal y jurídicamente en beneficio e interés de estas parejas, con argumentos como los que aquí se han sostenido. Es cierto que lo que se reclama es una filiación y que lo determinante es ver si se dan las condiciones necesarias para ello, pero ello no impide recordar que el artículo 3 de la LO 3/2007, de igualdad, parte del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en supuestos como el la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, y esta norma, ni ninguna otra, ha sido infringida en la sentencia. En estos momentos existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones la conseguidas entre todas, y la discrepancia entre las litigantes debe reconducirse a su ámbito natural y jurídico, que no es otro que el de la ruptura de las relaciones personales, mediante el divorcio, que ya instaron. "El sistema familiar actual - STS 12 de mayo 2011 - es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales".»

El Tribunal Supremo desestima el recurso del mismo modo que lo hizo la Audiencia Provincial, por los motivos anteriormente citados. Además, argumenta en la desestimación del recurso que la posesión de estado «*constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexa biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque "constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras", hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que "dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige*».

Aunque no se hiciera ninguna referencia expresa, de los elementos necesarios para la existencia de una posesión de estado en ninguna de las instancias, si estuvieron presentes en las resoluciones. Al analizar si se había escogido el apellido de la reclamante como apellido segundo (nomen), si había tenido un trato como hijo durante la relación de pareja (tractus) y en la prueba testifical se dedujo un proyecto de futuro en común entre las litigantes (fama).

El tribunal otorga gran relevancia al consentimiento a las técnicas en relación a la posesión de estado como un elemento determinante de la filiación. Entiende que esa prestación del consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, en cuanto que voluntad libre y manifestada por ambas del deseo de ser progenitoras, viene a superar a la posesión de estado y constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista vínculo biológico, creándose así un título de atribución de la paternidad al amparo del artículo 131 del Código Civil.³¹

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 836/2013, DE 15 DE ENERO DE 2014. (Sentencia sobre la determinación de la filiación. Posesión de estado.)

Existencia de una relación de pareja de forma pública y notoria entre dos mujeres desde enero de 1996 hasta junio de 2006, sin matrimonio, produciéndose el nacimiento del hijo de la gestante el 13 de noviembre de 2003 por empleo de técnicas de fecundación asistida con material genético de donante anónimo.

³¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER. "la atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente."

Tras la ruptura de la relación en el año 2006, la mujer no gestante, ejercita una acción de determinación legal de la filiación alegando la existencia de posesión de estado amparándose en el art. 131 CC y 7.3 LTRHA. Y que se proceda a practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil y se le otorgue ex lege la patria potestad.³²

Las tres instancias que conocieron del asunto otorgaron distintos pronunciamientos ante los mismos hechos.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2010 estimando íntegramente la demanda interpuesta, al amparo de la acción del artículo 131 Código civil, al considerar acreditada la posesión de estado. Así mismo, vio factible el apoyo de la demanda en el art. 7.3 de la Ley de Reproducción Asistida al considerar que tras permitirse el matrimonio entre parejas del mismo sexo gracias a la Ley 13/2005, había que otorgar efectos a la convivencia entre homosexuales, catalogando a la pareja extramatrimonial como análoga al matrimonio.

La demandada (madre gestante) recurre en apelación y la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo estima el recurso (revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la demanda). Razona que la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (108 Código civil) a pesar de que es cierto que la LTRHA faculta a una segunda mujer a que determine una filiación a su favor gracias al procedimiento indicado en su art. 7.3 LTRHA, rechaza que la acción pudiera serla del art. 7.3 al indicar que no se puede aplicar con carácter retroactivo y solo prevé parejas casadas estables descartando cualquier invocación del precepto para reclamar una filiación extramatrimonial.

Añade que no considera acreditada la posesión, y procede a estudiar cada uno de los elementos que conforman esta acción de determinando que. Respecto del "nomen", alega que no es un indicio de la posesión de estado al no usarse el segundo nombre del menor en sociedad. En cuanto al "tractus", establece que queda acreditado un comportamiento ad intra por parte de las componentes de la pareja al preocuparse por el

³² GOMEZ PERALS, MIGUEL. "Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 15 de enero de 2014 (608/2014) Acción de reclamación de filiación no matrimonial por la compañera de hecho de la gestante, con posesión de estado y derivada de las técnicas de reproducción humana asistida."

menor con igual dedicación. En lo referido a la "fama" considera como insuficiente para acreditar una posesión de estado el poco tiempo de 3 años de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor, aunque la demandante actuara como madre durante ese plazo.

Contra la referida Sentencia de la Audiencia Provincial la demandante (mujer no gestante) interpone recurso de casación, impugnado por el Ministerio Fiscal y la parte demandada, basándose en varios motivos, principalmente en la infracción del art. 131 Código civil en relación al art. 7.3 LTRHA respecto de una mujer tras la ruptura de la relación con otra mujer.

El razonamiento empleado por el Tribunal Supremo se centra en la importancia de la posesión de estado, así como en el interés superior del niño, y en la trascendencia del consentimiento de ambas mujeres al sometimiento de una de ellas a la práctica de una técnica de reproducción asistida.

Entiende que existe una compatibilidad entre las normas invocadas atendiendo a los principios constitucionales de no discriminación por razón de la filiación o del nacimiento (art. 14 CE), de protección de la familia, de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (art. 39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y del interés superior del menor, de forma que el consentimiento prestado, no probado, respecto de las TRHA, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de la legitimación de la filiación, como en el de medio de prueba de la filiación reclamada. Y que tal compatibilidad se incluye bajo el interés legítimo que debe producirse en la legitimación exigida por el 131 CC, y que en este caso el Tribunal considera que queda acreditada la voluntad de las litigantes de recurrir a una fecundación artificial, que junto al propósito común efectivo de formar una unidad familiar, es causa suficiente para otorgar la filiación a la recurrente.

El Tribunal estimará el recurso al entender que concurre la posesión de estado por parte de la mujer no gestante, conformándose como medio de prueba de la filiación reclamada en base al art. 767.3 LEC, así como que quedan probadas la voluntad

conjunta de someterse a una fecundación artificial y la existencia de una unidad familiar.

Sin embargo, los magistrados D. Francisco Marín Castán, D. Antonio Salas Carceller y D. Ignacio Sancho Gargallo, no comparten la decisión de la mayoría de la sala, y formulan un voto particular fundamentando una postura disidente.

En primer lugar alegan la falta de respeto a los hechos probados en su totalidad. La apreciación de la posesión de estado, que ciertamente implica un juicio de valor revisable en casación, no puede prescindir de la totalidad de las circunstancias de hecho tomadas en consideración por la sentencia recurrida, máxime cuando esta misma Sala las tuvo en cuenta en su sentencia de Pleno de 12 mayo de .2011, que versó precisamente sobre un conflicto entre las dos mismas litigantes en relación con el mismo niño.³³

En segundo lugar, que el fallo emitido entra en contradicción con jurisprudencia de la misma sala, concretamente con la STS de 12 de mayo de 2011 respecto de las mismas litigantes, donde se afirmó que la voluntad de someterse a las técnicas de reproducción artificial no había sido probada. *« Pues bien, en cuanto a lo primero, la sentencia recurrida no considera probado el consentimiento de la demandante-recurrente al empleo de las técnicas de reproducción asistida y, pese a esto, el parecer de la mayoría considera " claramente acreditados de los hechos obrantes " los " consentimientos ", fundándose sobre todo en que la demandada-recurrida, es decir la madre biológica, eligió como segundo nombre del niño Esteban el primer apellido de la demandante-recurrente, D^a Eufrasia (FJ 2º, apdo. 3, párrafo último). Con semejante deducción esta Sala entra en una contradicción poco explicable con la STS 12-5-2011 , que en su fundamento de derecho primero (Resumen de los hechos probados) declara literalmente lo siguiente: " El embarazo se consiguió mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja ".»*

³³ Apartado 2 , voto particular

Por otro lado, que a la hora de analizar si concurría o no el elemento de la posesión de estado, se ha prescindido de incorporar el elemento probado de los malos tratos entre las litigantes mediando denuncias previas. Tal hecho, es relevante para la apreciación de la posesión de estado haciendo decaer el elemento "fama". *« Por otro lado, el parecer de la mayoría ha prescindido de un hecho probado, tanto según la sentencia recurrida como según la STS 12-5-2011, que es relevante no solo para la apreciación de la posesión de estado sino también para el juicio de valor de que la maternidad de la demandante-recurrente sea en verdad beneficiosa para el interés superior del menor. Se trata del hecho consistente en que la ruptura de la convivencia entre las dos litigantes, cuando el niño tenía apenas tres años, fue particularmente traumática, porque " se habían producido malos tratos ", con denuncias recíprocas (STS 12-5-2011 , FJ 1º-3º), y el juez tuvo que adoptar medidas " imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor " (sentencia recurrida, FJ 1º), circunstancias valoradas muy especialmente por la sentencia recurrida para negar el elemento de la "fama" , conformador de la posesión de estado, en atención al " poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño " (sentencia recurrida, FJ 1º).»*

También se contradice la STS 740/2013 *« Tampoco la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (sentencia nº 740/2013, recurso nº 134/2012 , en adelante STS 5-12-2013) autoriza la estimación del presente recurso, pues aunque ciertamente atiende a la posesión de estado, lo hace en cuanto " integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma [la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida] a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad " (FJ 3º-5). Si a esto se une que en el caso entonces enjuiciado hubo matrimonio entre las litigantes; adopción, antes del matrimonio, de una niña, nacida de una de las litigantes, por la otra; consentimiento de las dos litigantes, antes de casarse, para la fecundación in vitro de la que ya era madre biológica; nacimiento de dos niñas cuando las litigantes ya se habían casado; y en fin, intentos de la madre biológica, constante matrimonio, de que estas niñas fuesen inscritas como hijas matrimoniales de ella y de su cónyuge, mediante un expediente de rectificación del Registro Civil, fácil será comprender las sustanciales diferencias con el presente caso, pues lo que primordialmente tuvo en cuenta entonces esta Sala fue que el requisito temporal del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil no podía prevalecer sobre el*

hecho indiscutible de la voluntad conjunta, que se mantuvo después de haber contraído matrimonio y, por tanto, concurriendo materialmente todos los requisitos exigidos por la LTRHA tras su modificación de 2007. Es más, esta sentencia de 2013 atiende muy especialmente a " la estabilidad que resulta del matrimonio " en relación a ese conjunto de efectos que comportan " la patria potestad, guardia y custodia, alimentos, apellidos y derechos sucesorios " (FJ 3º-4).»

Por último, discrepan de la argumentación otorgada respecto del interés del menor, pues consideran que la convivencia de la demandante y el menor durante los tres primeros años de vida del mismo no es suficiente para otorgarle la filiación, y sin embargo, dicha mujer podrá decidir sobre la educación del niño en edades más decisivas para su formación que la que media entre el nacimiento y los tres primeros años de edad, con capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afecten al menor hasta su mayoría de edad, interfiriendo permanentemente a la madre biológica. Por ello, entienden que no se ha adecuado el recurso al interés superior del menor, al no apreciarse ningún beneficio para el mismo, sino más bien al interés de la recurrente, debiendo haberse dado una respuesta negativa al recurso. *« La mera invocación de un principio constitucional, en este caso, el interés del menor que debe presidir la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico que le afectan, no legitima su aplicación en cualquier sentido, sino en aquel en que de veras se evidencie que opera en beneficio de dicho menor, pues lo contrario sería un mero ejercicio de voluntarismo jurídico. En realidad, en atención a los hechos probados, incluido el de las circunstancias traumáticas de la ruptura entre las litigantes y el hecho evidente de que, pese a haber podido contraer matrimonio antes de su ruptura, no lo hicieron, la estimación del recurso de casación de la demandante satisface no el interés superior del menor sino la " aspiración de ser madre " de la demandante, " cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada " (FJ2º-4 de la sentencia de la que se disiente). En verdad no se alcanza a comprender que por el solo hecho de que la demandante-recurrente conviviera con el niño durante sus tres primeros años de vida se la declare madre, dando un paso de enorme trascendencia mucho más allá de la solución correcta del conflicto por la STS 12-5-2011. Con la estimación del recurso la demandante pasa a ostentar la patria potestad sobre el niño, adquiere expectativas sucesorias que incluso pueden llegar a materializarse sobre bienes que actualmente pertenecen a la otra litigante, podrá decidir sobre la educación del niño en edades o*

etapas mucho más decisivas para su formación que la que media entre el nacimiento y los tres primeros años de edad, podrá reclamar su guarda y custodia y, en definitiva, tener capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afecten al menor hasta que este cumpla dieciocho años. A cambio, la madre biológica, la única legal a juicio de los magistrados que formulan este voto particular, verá inevitablemente coartada su libertad en todo lo que se refiera a su hijo y, si forma otra relación de pareja o decide contraer matrimonio, tendrá la permanente interferencia de la demandante, como madre del niño con plenitud de derechos, en la nueva unidad familiar. Se crea, así, una situación potencialmente conflictiva en la que no se alcanza a ver ningún beneficio para el menor. Por tanto, la estimación del recurso no responde, materialmente, al interés superior del menor, aunque así se diga, sino al interés de la demandante-recurrente.»

Podemos observar jurisprudencia dividida en este punto, esta discordancia en la jurisprudencia genera inseguridad a los futuros casos a enjuiciar similares a el caso expuesto.

2.2 No matrimonial

2.2.1 Homóloga (inter vivos y post mortem)

2.2.1.1. Inter vivos

Dentro de la LTRHA no se contemplan especialidades para estos supuestos. No se plantea ninguna problemática en la fecundación homóloga de una pareja no casada. Habrá que acudir a las reglas establecidas en el código civil sobre la filiación no matrimonial, (recogidas en sus artículos 120 a 126). En estos supuestos de filiación no matrimonial se debe acudir a los títulos de determinación de la filiación no matrimonial recogidos en el artículo 120 del código civil, ya que estos casos de filiación, no rige la presunción de paternidad. En el cual presume que la filiación no matrimonial se determinará;

«1º. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2º. Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

3º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

4º. Por sentencia firme.

5º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.»

En este sentido, diversos autores dan cuenta de la falta de exigencias formales, precisadas en el artículo 120, en el consentimiento prestado para la práctica de la fecundación asistida. Es decir, la afirmación del consentimiento en el uso de esas técnicas, no excluye la necesidad de volver a prestar consentimiento para que se reconozca extrajudicialmente la filiación.

2.2.1.2. Post Mortem

Dentro de la determinación de la filiación en parejas no casadas derivadas de la aplicación de técnicas de reproducción asistida homólogas, cabe la determinación de la filiación por fecundación asistida *post mortem*. La diferencia con la pareja casada se encuentra en que en estos supuestos, el consentimiento prestado por el varón servirá como título para iniciar el expediente registral regulado en el artículo 44 apartado 7 la ley de registro civil. Debiendo de prestar el consentimiento según las formalidades establecidas en el artículo 9.3 LTRHA.

2.2.2 Heterologa (consentimiento varón no casado y mujer en solitario)

2.2.2.1. Consentimiento varón no casado

La LTRHA regula en su artículo 8.2 el consentimiento del varón no casado a los efectos de establecer la filiación derivada de la aplicación de técnicas de reproducción asistida heterólogas. Según este artículo *«Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.»*

Desde un punto de vista formal, el artículo 8.2 sólo establece que el hombre no casado deberá de expresar su consentimiento en documento sanitario. No obstante, el consentimiento prestado va dirigido a al establecimiento de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, por lo que de igual modo deberá de cumplir los requisitos de consentimiento libre, consciente, formal, previo y expreso que exigen los artículos 6.3 y 8.1 LTRHA respecto del consentimiento del marido.

El consentimiento prestado en documento sanitario a la realización de la fecundación mediante técnicas de reproducción asistida no se trata de un título nuevo de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial. Únicamente permite iniciar el expediente registral que conllevará a la declaración de paternidad a partir de lo dispuesto en el artículo 120 Código civil. Por el que se permite determinar la filiación no matrimonial por resolución recaída en expediente tramitado de acuerdo con la legislación del RC. El artículo 8.2 coincide con el artículo 9.3 LTRHA para la fecundación “post mortem” con gametos del hombre no casado. Se otorga el carácter de “escrito indubitado” al documento otorgado en el centro donde se lleve a cabo la fecundación. En dicho documento se recoge el consentimiento del hombre no casado a la fecundación de la mujer con espermatozoides de donante o del propio hombre.

No se debe confundir la forma de determinación de la filiación establecida en el artículo 8.2 con el reconocimiento permitido en el artículo 120.1 ante el Registro Civil,

en un testamento o en cualquier documento público. El consentimiento regulado por la LTRHA se expresa con anterioridad a la utilización de las técnicas, con lo que o pretende el reconocimiento del hijo ya nacido. Asimismo, el consentimiento prestado en los términos del artículo 8.2 deja constancia del consentimiento a la fecundación asistida con contribución de un donante, por lo que mediante este consentimiento se refleja que el hombre no casado no es el verdadero padre biológico del hijo.

A su vez, en la práctica, también se acaba estableciendo la filiación derivada de fecundación asistida heteróloga respecto del hombre no casado después del nacimiento. Mediante el mecanismo de reconocimiento de filiación habitual ante el encargado del Registro civil, como si se tratara de la filiación por naturaleza.

2.2.2.2. Mujer en solitario

La LTRHA no contempla esta posibilidad expresamente. Se puede deducir del artículo 6.1 LTRHA, según el cual *«Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.»*

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.»

Según lo admite la doctrina y se aplica en la práctica, una mujer podrá concebir y dar a luz a un hijo mediante la práctica de técnicas de reproducción asistida con semen de donante, quedando únicamente determinada legalmente la filiación materna.

3. Acciones de filiación en casos de fecundación homologa y heteróloga.

Ya vista la determinación extrajudicial de la filiación mediante técnicas de reproducción asistida. Pasamos a hablar de las acciones de filiación.

Se entiende como acción de reclamación de filiación, aquella acción relativa al estado civil de la persona. La cual se interpone con la finalidad de obtener un pronunciamiento

por parte de un órgano judicial respecto de una filiación si no ha quedado determinada o distinta a la determinación del Registro Civil.

El Código civil distingue las acciones de reclamación de la filiación, dirigidas a determinar judicialmente la filiación ³⁴ y las acciones de impugnación, cuya pretensión es dejar sin efecto una filiación que ha sido previamente determinada.³⁵ Las acciones de filiación no se encuentran reguladas en la LTRHA, por lo que hay que acudir a su artículo 7.1 donde se advierte de la regulación por las leyes civiles, por lo que habrá que estar al sistema de acciones previsto en el Código civil.

3.1 Fecundación homologa

En los caso de fecundación homologa, se tienen que aplicar las acciones recogidas en el Código civil, ya que no se contempla ninguna regla específica en la LTRHA.

En estos supuestos se da mayor importancia al consentimiento prestado a la práctica de la inseminación mediante técnicas de reproducción asistida de la mujer. Puede darse el caso de la realización de la inseminación y nacimiento del hijo sin el consentimiento del marido. En este caso se determinaría la filiación por la presunción de paternidad recogida en el artículo 116 del Código civil. Si el marido quiere realizar la acción de impugnación, nos encontraríamos con una complicación según las pretensiones recogidas en el código civil, ya que se trataría de impugnar la paternidad jurídica coincidente con la biológica. Sin embargo, siguiendo las reglas de la LTRHA y su prevalencia al consentimiento, se debería estimar la acción de impugnación dada la falta de consentimiento. Por otro lado, siguiendo la opinión de PÉREZ MONGE, se entiende que el marido deberá ser calificado como padre del nacido a pesar de que en la LTRHA el consentimiento sea un elemento clave en la determinación de la filiación. Y esto debido a que, entre otras razones, al no prever la LTRHA el supuesto, la aplicación de las reglas del Código civil *ex* 7.1 llevarían a considerar al marido que aporta el gameto como padre del nacido³⁶.

³⁴ En estas acciones se diferencia entre sí media posesión de estado o no.

³⁵ Se puede diferenciar la impugnación por vicios de consentimiento y aquella que impugnan una filiación por no ser conforme a la verdad biológica.

³⁶ PÉREZ MONGE, "Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida", 2013.

Por otro lado, cuando el marido si presta el consentimiento a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, en virtud de la presunción de paternidad se le atribuiría la filiación y por analogía podría aplicarse LTRHA. En este artículo se impide impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido con la práctica de la fecundación asistida con semen de donante, de tal forma que igualmente no se permitiría al varón no casado marido que ha prestado su material genético impugnar la paternidad. Parte de la doctrina no está de acuerdo con esta opinión y consideran que se atiende a supuestos distintos y no cabe la analogía.

En el supuesto de que hayan transcurrido trescientos días desde la separación conyugal habiendo mediado consentimiento a la práctica de las técnicas de reproducción asistida con su material genético, no preste el consentimiento para inscribir al hijo como matrimonial requerido en el artículo 118 del Código civil. Deberá declararse su paternidad ejercitando una acción de reclamación de paternidad en virtud de los artículo 131 o 132 del Código civil (Dependiendo si media posesión de estado). Por el contrario, si el marido no ha prestado consentimiento ni a la fecundación de la mujer mediante técnicas de reproducción asistida ni el consentimiento en virtud del artículo 118 del Código civil, no podrá declararse su paternidad ejercitando la acción de reclamación de filiación.

En el supuesto de que el varón no casado habiendo prestado consentimiento, no ha determinado su paternidad de manera extrajudicial podrá ejercitar la acción de reclamación de paternidad. Así mismo, conforme al artículo 141 del Código civil podrá impugnar la paternidad si ha mediado violencia, error o intimidación en la determinación extrajudicial.

Finalmente, el artículo 9.3 prevé la posibilidad de ejercer acción judicial de reclamación de paternidad, aplicable en los supuestos de procreación post mortem en pareja no casada. La cual puede ser ejercitada por el hijo, (artículo 133) ³⁷

³⁷ Artículo 133. *“1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida.*

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

3.2 Fecundación heteróloga.

El artículo 8.1 de la LTRHA recoge la prohibición de la impugnación de la filiación derivada de la fecundación asistida con contribución de donante, tanto a la mujer progenitora como al marido, cuando hayan prestado su consentimiento expreso formal y previo a la fecundación. En este artículo no se hace mención a la posibilidad de impugnación de paternidad por parte del hijo. Sobre este supuesto existen vicisitudes por parte de la doctrina. Por un lado, parte de la doctrina entiende que en virtud del artículo 137 del Código civil el hijo estaría legitimado, y otra parte entiende lógico que siguiendo el análisis de los principios de la LTRHA se permita la impugnación del hijo si el marido no ha prestado consentimiento a la práctica de fecundación mediante técnicas de reproducción asistida. Cosa distinta es la imposibilidad de reclamar la paternidad del padre donante biológico, ya que este es anónimo y en virtud del artículo 8.3 LTRHA, no se podrá determinar la filiación a su favor.

Siguiendo el caso de la imposibilidad de impugnación de la filiación por parte de la madre y marido que han consentido al uso de técnicas de reproducción asistida con contribución de donante, se genera duda ante la posibilidad de impugnación por parte del marido que no ha prestado consentimiento, al cual, siguiendo la aplicación de la presunción de paternidad, se le atribuye desde un primer momento la paternidad del nacido. Desde mi punto de vista de PEREZ MONGE, siguiendo la intención de la LTRHA de dar tanta importancia al consentimiento para determinar la filiación, debería de permitirse impugnar la filiación cuando no se haya prestado consentimiento o habiéndose prestado con vicios.³⁸

En cuanto a la fecundación heteróloga en caso de pareja no casada, en el artículo 8.2 LTRHA, únicamente se hace mención a la posibilidad de reclamación judicial de la paternidad, pero no aclara quién tiene la legitimación activa. La doctrina, siguiendo las

2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.

Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida."

³⁸ PEREZ MONGE, «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida» pág. 147.

reglas del artículo 8.3 LTRHA , ha considerado que la legitimación activa para reclamar la paternidad serán la madre progenitora, el varón no casado que ha consentido la fecundación y el hijo , cuando no se haya podido determinar con éxito de forma extrajudicial o por la falta de reconocimiento por parte del varón del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida con donante anónimo, y no será el donante el legitimado para reclamar dicha paternidad, Así mismo, siguiendo estas las reglas³⁹ y los principios de la LTRHA, la pretensión deberá estar dirigida a reclamar la paternidad del varón que ha prestado el consentimiento, y no a poner de manifiesto la verdad biológica.

Por otra parte, el artículo 8.2 de la LTRHA, no recoge la prohibición de impugnar por parte de quien ha prestado el consentimiento. Se debe de aplicar el artículo 8.1 LTRHA de forma análoga, el cual imposibilita la impugnación de la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación, por parte de la mujer progenitora como por el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal. Como ya se ha visto, el consentimiento prestado a la fecundación por parte el varón no casado no es medio de determinación inmediata de la filiación. Se debe acudir a los títulos de determinación extrajudicial recogidos en el artículo 120 del Código civil. Por lo tanto, en estos supuestos, no sería necesario abrir una vía para impugnar la filiación cuando este no haya prestado su consentimiento a la fecundación, ya que la filiación no se determinaría hasta que no se presta consentimiento a la determinación no matrimonial.⁴⁰

Por otro lado se encuentran los supuestos de doble maternidad, donde se plantean problemas a la hora de poder aplicar las acciones de impugnación y reclamación recogidos en el código civil, las cuales se basan en la verdad biológica, al contrario de estos supuestos en los que la filiación se determina por la voluntad y consentimiento. La LTRHA no hace ninguna mención al respecto, por lo que existen discrepancias en las opiniones de la doctrina. Una parte entiende que se podrán ejercitar acciones de impugnación por parte de la madre como del hijo, pero atendiendo siempre al interés del menor. Y otra parte, no consideran admisible la impugnación, ya que entienden la aplicación análoga del artículo 8.1 LTRHA. No obstante la doctrina parece estar de

³⁹ Artículo 8.3 LTRHA

⁴⁰ Atendiendo a los títulos de determinación de la filiación contenidos en el artículo 120 del Código Civil.

acuerdo a la hora de negar la acción de reclamación de la filiación en el supuesto de doble maternidad. Sin embargo, en contraste con la opinión de la doctrina, el TS ha reconocido la legitimación para ejercitar la acción de reclamación a la cónyuge de la adre gestante, basándose en la mediación de posesión de estado determinada en el artículo 131 del Código Civil, cuando no se pueda determinar la filiación por vía del artículo 7.3 LTRHA . En este sentido, la ya analizada STS 836/2013, de 15 de enero , ratifica la sentencia dictada en primera instancia 2 de talavera de la Reina, donde estima la demanda interpuesta , « *al amparo de la acción del 131 del Código Civil, al considerar acreditada la posesión de estado: atiende al nombre compuesto del menor en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante (Esteban); al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar; a la continuidad en este tratamiento con el ejercicio de acciones para mantener las relaciones materno-filiales con el menor; a las testificales que hablaron de un "proyecto en común" y a los hechos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección la de 22 de abril de 2008 , base del recurso de casación antes mencionado. Desde un plano jurídico, considera viable la pretensión ejercitada apoyándose en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo que permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres, diferenciando los planos de la filiación natural, de la jurídica, como ocurre con la adopción y otorgando efectos a las relacion»*. Por lo que siguiendo este cauce, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de enero establece que , « *Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013) , no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada .*

Esta consideración o razón de compatibilidad, como ya se ha apuntado, resulta también relevante a la hora de abordar el "interés legítimo" que debe presidir la amplia legitimación que se deriva de la posesión de estado. En efecto, en el presente

*caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada.*⁴¹

4. Problemática de la inscripción en el registro civil español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

En primer lugar hay que intentar definir el concepto de gestación por sustitución. La maternidad subrogada es un supuesto de reproducción humana asistida consistente en la realización de un contrato en el cual, mediante contraprestación, o sin ésta, una mujer se compromete a la gestación de un bebé concebido mediante técnicas de reproducción asistida, para que una vez que éste nazca sea entregado a la persona o pareja contratante (matrimonial, o de hecho, sea heterosexual o sea homosexual), renunciando la mujer gestante a la filiación del niño gestado.

Se basa en un contrato por el que se produce el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer, renunciando esta a sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante por medio del propio contrato o bien por la adopción del nacido por parte de la mujer o de la pareja.⁴²

La gestación por sustitución, maternidad subrogada o como se conoce coloquialmente “vientre de alquiler” abarca varios supuestos. Este método de gestación ha estado siendo utilizado por parejas heterosexuales con problemas de fertilidad, como por parejas homosexuales tanto de hombres (estos en mayor medida por su imposibilidad para poder gestar un hijo) como de mujeres, y hombres y mujeres solteros.

⁴¹ STS 836/2013, de 15 de enero.

⁴² ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La maternidad subrogada a la luz del Derecho español», 2016.

Hay que distinguir la gestación por sustitución parcial o plena. En el primer supuesto la gestación se produce mediante la inseminación del óvulo de la mujer gestante con el semen del padre contratante. Mientras que en el segundo caso la pareja contratante aporta todo el material reproductor, es decir, tanto el óvulo como el semen del marido. Se pueden distinguir otras dos modalidades consistentes, por un lado en la aportación por la pareja comitente únicamente de los gametos de uno de ellos (óvulo o semen) y se combinaría con los gametos de una cuarta persona.⁴³ Y por otro lado, la pareja contratante no aporta gametos, se obtienen de donantes, tanto de semen como de ovarios.⁴⁴

En nuestro país, la maternidad subrogada no está permitida legalmente, y su utilización tiene como consecuencia la nulidad del contrato. La Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida no permite esta práctica, debido a que implica, entre otras razones, una mercantilización del menor de edad concebido y gestado mediante esta práctica. Al respecto, el artículo 10.1 LTRHA dispone que « Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. ».

Este mismo artículo en su apartado segundo aborda la consecuencia directa de la utilización de esta práctica, al establecer que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.⁴⁵

Se ha intentado asimilar la gestación por sustitución y la adopción, en cuanto a que se atribuye la maternidad legal de la madre biológica a otra distinta voluntariamente, si bien difieren en su causa justificante, es decir, mientras que en la adopción la finalidad consiste en el bienestar y beneficio del menor, la práctica de la

⁴³ «La mujer gestante no aportaría ningún material genético, estableciéndose como padres bilógico al miembro de la pareja comitente que aportó su gameto y la cuarta parte donante.». JIMENEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, La reproducción asistida y su régimen jurídico, pág. 107. 2012.

⁴⁴ «En este caso, al igual que en el anterior, la mujer gestante no aporta material genético. No obstante corresponderá la paternidad biológica del nacido a los donantes.» JIMENEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, La reproducción asistida y su régimen jurídico, pág. 107. 2012

⁴⁵ « El criterio de que la filiación materna debía venir determinada por el parto, siendo una regla tradicional (*mater semper certa est*), no se recoge normativamente hasta la LTRA, lo que se explica porque hasta la implantación de estas técnicas no cabía pensar en que la madre gestante no lo fuera genética o biológicamente, resultando por tanto algo obvio y evidente que no necesitaba formulación positiva alguna, y sólo cuando como consecuencia de estas técnicas se produce la disociación de ambas maternidades es cuando tal necesidad se ha puesto de manifiesto. LÓPEZ PELAEZ, PATRICIA. «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (‘‘madres de alquiler’’) », pág. 672. 2008.

gestación por sustitución busca el beneficio de la pareja (incluso hombre o mujer solo). Es por esto que se justifica un tratamiento jurídico esencialmente diferente, donde se prohíbe la utilización de esta práctica y se admite la adopción.

Como ya se ha mencionado, la ley sobre técnicas de Reproducción Asistida Humana prohíbe expresamente en su artículo 10 el uso de esta técnica, al establecer la nulidad de los contratos de pleno derecho, realizados por una mujer que renuncia a la filiación materna. La ley se refiere a un contrato en el que se convenga la gestación "con" renuncia a la filiación, por lo que si la cesión se produjera con posterioridad al embarazo, nos encontraríamos ante un supuesto de adopción irregular, en fraude de ley.⁴⁶

Atendiendo a la denominada maternidad de gestación, si se consiguiera la inscripción a favor de la comitente, se podría impugnar por dar publicidad de un hecho falso. Esta impugnación podría realizarse por parte de la mujer gestante, reclamando a su vez su maternidad siguiendo los artículo 134 o 140 del Código civil. Asimismo podrían realizar esta acción de impugnación la pareja comitente, los herederos forzosos, el propio hijo, o el Ministerio Fiscal. La filiación paterna se establecerá en virtud de lo establecido en la ley.

En el caso de que la mujer gestante no estuviera casada, se podría atribuir la paternidad al varón comitente mediante un reconocimiento expreso, siguiendo las vías del artículo 120 del Código civil. Si se diera el caso contrario en el que la mujer gestante estuviera casada y se atribuyera a su cónyuge por presunción legal la paternidad del hijo nacido, este podría impugnarla y el varón comitente reclamarla.

Como consecuencia de esta prohibición, cada vez es más común acudir al "turismo reproductivo", consistente en la realización de la gestación por sustitución en un país donde esta se permita, y solicitar la inscripción del nacimiento y filiación en el registro Civil español.

Hace algunos años se planteaba en España el primer caso de maternidad subrogada, objeto de polémica legal, doctrinal y social. Consistente en la pretensión de un matrimonio homosexual, de inscribir en el Registro Consular de España en Los

⁴⁶ JIMENEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, « La reproducción asistida y su régimen jurídico», pág. 109. 2012

Ángeles a dos menores como hijos suyos, habiendo nacido ambos menores como consecuencia de la práctica de la gestación por sustitución. Esta pareja aporta un certificado de nacimiento expedido por las autoridades administrativas del Registro norteamericano donde constaba la paternidad de ambos. Esta solicitud fue denegada por el encargado del registro Civil Consular, argumentando que los hijos fueron concebidos por la práctica de la gestación por sustitución, prohibida en la legislación española. (Donde se consideraría a la gestante como madre legal del nacido).

El matrimonio interpuso recurso ante la Dirección General de los registros y de Notarios, que dio lugar a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 18 de febrero de 2009. En ella se estima el recurso interpuesto. Revoca el auto recurrido y ordena que se proceda a la inscripción de los menores como hijos de los recurrentes. El Centro Directivo argumenta que al presentarse certificación registral extranjera para la inscripción de los menores, debían ser de aplicación los artículo 81 y 85 del Reglamento de la ley de registro civil, normas específicas que disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro. El Centro Directivo sostenía que el encargado del Registro, debía limitarse a comprobar que el documento fuera *“regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley Española”*⁴⁷. Por lo que entendió únicamente necesario para la inscripción, un control formal de la certificación (que en el presente caso se cumplía), consistente en confirmar que se trataba de un documento público autorizado por una autoridad registral, que desempeñaba funciones equivalentes a las correspondientes en España. Considera que el acceso al registro civil de una certificación extranjera, constituye una cuestión de *“validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”*. a su vez, fundamenta que la aludida certificación no vulnera el orden público internacional español, ni los principios jurídico básicos del ordenamiento español.

El Ministerio Fiscal recurre esta resolución ante los Tribunales, el cual fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia. Este juzgado, por la sentencia de 15 de septiembre de 2010, revoca la resolución y ordena la cancelación de la inscripción de la filiación a favor del matrimonio.

⁴⁷ Artículo 85 RRC

Este Juzgado entiende que la imposición del artículo 23LRC de comprobar la realidad del hecho inscrito, exige un control de la realidad de lo establecido en los certificados. Porque debe ser obligación del encargado verificar la paternidad de los padres d los menores.

Así mismo, la sentencia confirma la aplicación de la LTRHA y de las normas de conflicto. Y entiende que el encargado del registro estaría obligado (por el artículo 23LRC) a examinar si los certificados acatan las disposiciones de la ley española. Que en este supuesto no se daría, ya que el artículo 10.2 LTRHA impide la inscripción de la filiación de los niños nacidos por medio de gestación por sustitución a favor de los solicitantes.

Pone de manifiesto que la improcedencia de la inscripción no nace de la discriminación por sexos, sino que se los niños naces como consecuencia de un contrato nulo. Se ampara en el principio e igualdad, y expone que la ley no distingue de sexos, y le sería aplicable tanto a parejas de varones como de mujeres como parejas heterosexuales.⁴⁸

Esta sentencia fue confirmada por la SAP Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. Entiende que es de aplicación el artículo 10 de la ley 14/2006 y por lo tanto el contrato de gestación por sustitución sería nulo.

En tercer lugar, la DGRN se vuelve a pronunciar sobre el caso a través del la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010. En esta, indica la posibilidad de trasladar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución, tal como ha sido acreditada en el extranjero, al Registro Civil español. Precisa necesaria la presentación de resolución judicial ante las autoridades españolas o sentencia extranjera que acreditase tanto filiación, como la renuncia de la madre gestante, y precisar que el menor no ha sido objeto de comercio.

Por último, se interpuso un recurso de casación contra la citada sentencia AP de valencia, en torno a un único motivo. Infracción del artículo 14 CE por vulneración del principio de igualdad.

⁴⁸ Si es cierto que en los supuestos de parejas de mujeres o parejas heterosexuales, se puede plantear un problema de conocimiento por parte del encargado del Registro civil. Pero una vez conocida su procedencia, la consecuencia debe ser la misma.

Este recurso de casación fue resuelto por la STS 6 febrero de 2014. En primer lugar analiza si es posible el reconcomiendo por parte de las autoridades del registro Civil español de la inscripción de nacimiento realizada por autoridades de California, y si es posible alegar sus efectos en el sistema jurídico español. Siguiendo los artículos 23 LRC y los artículos 81 y 85 RRC, ya citados por la anterior sentencia, entiende que se debe validar la certificación del registro extranjero, comprobando su autenticidad. Por ello, considera que la atribución por parte de las autoridades de california de atribuir la filiación a la pareja del niño nacido por medio de un contrato de gestación por sustitución, es contraria al orden público internacional español al resultar incompatible con las normas esenciales de las relaciones familiares, y con valores constitucionales como la protección de la familia, la integridad moral, protección de la infancia y la dignidad de la persona. Entiende que la filiación pretendida es contraria a la recogida en el artículo 10 de la LTRHA y por lo tanto, contraria al orden público, impidiendo su posible reconocimiento registral y acceso al Registro civil español. Por otro lado, afirma que no existe discriminación por razón de sexo u orientación sexual, ya que si es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres si una de ellas se somete a técnicas de reproducción asistida, por lo que no realizan un contrato nulo de de gestación por sustitución. En último lugar, el Tribunal Supremo, analiza el interés superior del menor (los recurrentes lo consideran vulnerado), y entendiendo que este « *ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrarias lo expresamente previsto en la misma*», y considera que no solo se puede enfocar en el interés superior del menos, sino que se deben tomar más principios en consideración. Tras esta exposición de motivos, insta al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones para determinar la filiación de los menores y para su protección.

Una vez conocida la resolución, los recurrentes instaron un incidente de nulidad de actuaciones contra la citada sentencia, entendiendo vulnerados sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la intimidad familiar. Antes de que el Tribunal Supremo entrara a resolver sobre el incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había resuelto los casos de Labassee vs Francia (Asunto número 65941/11) y Mennesson vs Francia (Asunto numero 65192/11), ambos relativos a la inscripción de niños nacidos mediante gestación subrogada en su registro civil en casos de parejas heterosexuales. En estos casos, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos determinó que la negativa de

reconocimiento del vínculo de filiación del Estado francés era contraria a su derecho al respeto por su vida privada, este protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, estos casos se tuvieron en cuenta por el Tribunal a la hora de resolver el incidente de nulidad de actuaciones mediante auto de 2 de febrero de 2015. Sin embargo, el Tribunal Supremo para negar la declaración de nulidad de la sentencia de 6 de febrero, apeló a la falta de correspondencia entre el objeto de pronunciamiento de los casos del Tribunal Europeo de derechos Humanos y el caso de referencia español, ya que en los casos del TEDH no se contemplaba la posibilidad de determinar la filiación ni por adopción ni por vía judicial, mientras que en la resolución del Tribunal Supremo sí se contemplaba la posibilidad de determinar la filiación paterna a favor del padre biológico.

En conclusión, no hay un pronunciamiento judicial unificado, es estado actual de esta cuestión lo encontramos por un lado en la jurisprudencia sentada después del la STS de 6 de febrero de 2014, la cual, como ya se ha analizado, niega la inscripción de la filiación mediante certificados expedidos por las autoridades extranjeras, de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero. Y por otro lado nos encontramos con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, reguladora de los criterios necesarios para poder acceder a inscribir a los nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución en el Registro Civil español. Hacer especial mención, a la exigencia de resolución judicial del estado extranjero en la que se determine la filiación y la negativa a la certificación registral como título apto para la inscripción de filiación y nacimiento. La DGRN, a razón de esto, emitió una Circular con fecha de 11 de julio de 2014, disponiendo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 seguía vigente y debía ser aplicada por los Registros Civiles españoles.

Para concluir, exponer que a día de hoy este método de reproducción no goza de una general aceptación, y desde sus inicios ha generado críticas y rechazo tanto en el ámbito jurídico como en el social.

IV. CONCLUSIONES

Al igual que la sociedad se ha adaptado al avance de las nuevas tecnologías, la ciencia y la medicina, es necesaria una adaptación de las leyes, normas y ordenamientos.

Las técnicas de Reproducción Asistida han supuesto un importante progreso en el campo de la medicina. Han creado la posibilidad de procreación con técnicas no naturales, sin necesidad de producirse en el seno materno mediante relaciones sexuales entre un hombre y una mujer. Como hemos podido comprobar, el mundo del derecho trata de adaptarse y evolucionar a la misma velocidad que lo hace la sociedad.

Esto ha producido la posibilidad de aceptación y contemplación legal de numerosos modelos de familia, (parejas heterosexuales casadas, familias monoparentales, parejas heterosexuales no casadas, parejas homosexuales casadas o no casadas).Y ha generado que las familias con problemas de fertilidad tengan la oportunidad de acceder a la paternidad.

Es inevitable analizar la legalidad presente tanto en la ética como en la ciencia, por los numerosos avances médicos, sociales y jurídicos que van surgiendo. Ello no impide que la sociedad aporte soluciones a estos casos adaptándolos legalmente, pero respetando siempre los derechos humanos.

Como ya se ha mencionado en el presente trabajo, mediante las TRA emerge una nueva clase de filiación, junto con la consanguínea y la adoptiva. Este método ha generado que el material genético deje de ser un elemento decisivo para la determinación de la filiación, sustituyéndolo por el consentimiento. Siendo este el determinante a la hora de determinar la filiación cuando concurra la falta de de ambos elementos.

Otra consecuencia destacable, es la consistente en que la utilización de las técnicas de reproducción asistida no es de uso exclusivo para parejas con problemas de esterilidad, sino que pueden hacer uso de ellas parejas sin problemas médicos, esto ha llevado al entendimiento por una parte de la doctrina de la afirmación de la existencia de un "derecho a reproducirse". Este derecho se puede derivar de otros derechos constitucionales, ya que no se encuentra expreso en la Constitución Española. Según

este derecho se entendería que una persona es libre de decidir cuando y que método utilizar para llevar a cabo la reproducción.

Es un hecho que no encontramos ante casos complejos, pero según lo analizado en el presente trabajo, se puede observar como el marco jurídico actual español se ofrece una gran flexibilidad a la hora de permitir el uso de Técnicas de Reproducción asistida.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALCORTA IDIAQUEZ, ITZIAR. *Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida. Derecho y Salud*. Publicación oficial de la Asociación Juristas de la Salud. Vol 11, Número 2, Julio-Diciembre 2003, pág. 173.

BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, N° 8, 2010, págs. 25-37.

- *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, 8, diciembre 2010, pág. 33.

- *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, 6 de noviembre 2014, pág. 104.

BENAVENTE MOREDA, PILAR. *La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual*, Anuario de derecho civil, pág. 115. 2011.

CORBACHO GOMEZ, JUAN ANTONIO, *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thompson-Aranzadi, 2007.

DIEZ MARTINEZ, ANA, *La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida*, Derecho Privado y Constitución, N° 21, pág. 107.

ESCRIBANO TORTAJADA, PATRICIA, *Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad*, Anuario de Derecho civil, 2016, vol. 69.

GOMEZ PERALS, MIGUEL. *Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 15 de enero de 2014 (608/2014) Acción de reclamación de filiación no matrimonial por la compañera de hecho de la gestante, con posesión de estado y derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina, vol. 6, 2013-2014.

GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, MARICELA, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Monografías de Derecho Civil, Dykinson, 2013.

JIMENEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, jurídica general-monografías, REUS, 2012.

JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, *La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente*, Revista sobre la infancia y la adolescencia, N°. 6, 2014, págs. 51-63.

LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, 2007.

- Las relaciones *paterno filiales, adopción y potestad parental. Derecho de familia*, LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, MONJE BALSAMEDA, OSCAR, Cuaderno III, Dykinson, 2017.

LÓPEZ PELAEZ , PATRICIA, *Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución ('madres de alquiler')* , Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez, vol. 1, pág. 672. 2008.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. DE PABLO CONTRERAS, P. PEREZ ALVAREZ, M.A. Curso de Derecho Civil IV, Pág. 333

PANTALEON PRIETO, FERNANDO, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, Jueces para la Democracia, 4 (1988), pág. 19 y siguientes ., y en el Homenaje al profesor Juan Roca Juan, Murcia, 1989, pág. 641 y siguientes.

PÉREZ MONGE, MARINA, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores, 2002.

QUESADA GONZALEZ, Mª CORONA, *La Determinación Judicial de la Filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación*, Bosch, 2012, pág., 137.

ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*, DILEX S.L. 2016.

JURISPRUDENCIA

STC 17 de junio de 1999

Sentencia Juzgado de Primera Instancia 15 de septiembre de 2010

SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011

STS de 12 de mayo de 2011

STS de 5 de diciembre 2013

STS de 15 de enero de 2014

STS de 6 febrero de 2014